

REFORMA JUDICIAL Y DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA  
EN LA ARGENTINA. LA COMPLEJA ARTICULACIÓN  
DE LA DEMOCRACIA Y LA REPÚBLICA.

**Jorge O. Bercholz**

*Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica,  
Profesor e investigador, facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.*

**SUMARIO**

*El contexto.*

*Los proyectos de reforma.*

*A modo de conclusión.*

Uno de los temas de alto impacto del discurso presidencial de Cristina Fernández de Kirchner de apertura de las sesiones del Congreso en la Argentina, del pasado 1 de marzo de 2013, fue el anuncio de un plan para democratizar la justicia. Esta cuestión fue reafirmada en la agenda presidencial en el reciente discurso de apertura de sesiones del 1 de marzo de 2014. Ello, sin embargo, no es una novedad en los discursos presidenciales, no solo de la actual Presidente, sino desde 1983 a la fecha, pues a medida que la democracia, entendida como régimen político de gobierno del Estado, se fue consolidando, el enunciado del concepto estuvo relacionado a ideas más sustantivas.<sup>1</sup> A lo Bobbio, se usó el término en el sentido de "democratizar la democracia", expandirla como practica para la toma de decisiones en las agencias del Estado y de designación de sus agentes a todos los ámbitos posibles, no solo al proceso de selección, reclutamiento y remoción del personal político que ocupa roles en la administración estatal.

La intensa polémica en torno a la reforma judicial para democratizar la justicia que, tal cual anunció en el discurso referido, impulsó el gobierno en el acto llevado a cabo el 8 de Abril de 2013 en el Museo del Bicentenario y que raudamente desarrolló su derrotero parlamentario, hace necesario diferenciar y desagregar las ponencias y posiciones de los sujetos e instituciones activas en el debate, en, al menos, tres niveles de discusión.

El primero de ellos es de coyuntura, conveniencia y actualidad política cruda, donde los enunciadorees tienen en la mira, intereses propios públicos y privados, las elecciones y el posicionamiento ante el electorado. El segundo es de carácter genérico, de diseño institucional pero de tipo filosófico-prescriptivo. El tercer nivel es el referido al núcleo duro del diseño institucional, a los motivos y objetivos de la reforma judicial, el qué, por qué, para qué y cómo de la democratización de la justicia aquí y ahora y para el caso concreto. Veamos.

El primer nivel de discusión, el más transitado por todos los actores relevantes del debate resulta difícil de compartir y participar en él. Los argumentos son descalificadores, las contrapartes no se escuchan, lo que pueda debatirse sólo es útil para reforzar los efectos cognitivos preexistentes. Se ha argumentado de un modo apocalíptico o heroico, según el origen del enunciado y, sin pudor, se esgrimieron falsedades e inexactitudes y se anuncian catástrofes por venir.

<sup>1</sup> Bercholc Jorge O., Bercholc Diego J., Los discursos presidenciales en la Argentina democrática (1983-2011), Lajouane, Buenos Aires, Noviembre 2012.

El segundo nivel podríamos encuadrarlo en un marco de discusión de filosofía política y teoría del Estado. Se trata de un tipo de discusión genérico y prescriptivo, en el cual los argumentos rondan el eje prodemocrático-participativo, esgrimido por el gobierno, versus los límites republicanistas a saber, la división de poderes, los frenos y contrapesos, los "checks and balances", el control de gestión, esgrimido por la oposición, las corporaciones multi-mediáticas y, en general, pues aparecen matices, por las organizaciones que aglutinan a jueces y abogados.

El tercer nivel, a mi juicio, el más pertinente y conducente, remite a la discusión técnica y específica del caso concreto del poder judicial en la Argentina en su relación con los otros poderes políticos del Estado, y las características concretas de la reforma compuesta por seis proyectos de ley, desde una perspectiva de sociología jurídica e institucional, no fue el más transitado. Es explicable aunque no justificable, se trata de temas técnicos, complejos, no marketineros, sin atractivo para el consumo masivo, salvo un excesivo reduccionismo y simplificación de sus tensiones e implicancias, a fin de hacerlos medianamente comprensivos para el público masivo y para la utilización de consignas mediáticas, pero con el grave perjuicio de que ese reduccionismo no es fiel reflejo de las cuestiones a debatir y resolver.

### *El contexto.*

La coyuntura política nos muestra distintos disparadores que han motivado al gobierno en la propuesta de la reforma judicial. La demora en la resolución judicial del conflicto con el Grupo Clarín y, por ende, el estado de virtual "suspensión" de la ley de servicios audiovisuales<sup>2</sup>; la parálisis en la que se encuentra y aún se encuentra el Consejo de la Magistratura generando una demora inusitada en el proceso de designación de jueces y la consecuencia de un hecho gravísimo, la enorme cantidad de juzgados de distintos fueros que carecen de juez titular y se hallan ocupados por jueces subrogantes y/o interinos o por secretarios de los juzgados<sup>3</sup>; y las demoras también excesivas en el avance de los procesos

2 Tema resuelto a la fecha de la publicación de este artículo mediante la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de octubre de 2013 que declaró constitucional a la norma impugnada. La sentencia está disponible en <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>

3 Según un estudio de la Asociación por los Derechos Civiles -ADC-, uno de cada cinco jueces nacionales ocupa el cargo como suplente y el 20% de ellos no es juez, sino un secretario designado interinamente para ocupar ese lugar. Según un informe de la Asociación por los Derechos Civiles el 18,7% de los jueces son subrogantes y el récord lo tiene el fuero laboral, con 35 vacantes, seguido por el criminal, con 25, y el civil, con 23. en cinco de los veinticinco fueros hay 30% o más de jueces subrogantes. El porcentaje mayor se evidencia en la justicia federal de Salta, donde el porcentaje se eleva al 35,71, seguido

por violación de los derechos humanos en ocasión de la represión del terrorismo de Estado. Pero también existen otras cuestiones estructurales e históricas, que preexisten a la coyuntura política y que deben ser tenidas en consideración.

Un estudio sobre nuestro país de la socióloga Ana Kunz, demuestra que la extracción u origen social de los jueces que han integrado la Corte Suprema en Argentina en el período 1930-1983 resulta fuertemente elitista. Dividiendo la estratificación social en cuatro categorías, un 17 % de los Ministros pertenecieron a la clase alta -sólo un 2% del total de la sociedad pertenece a ese estrato, por lo que hubo entonces un 750 % de sobre-representación de ese estrato en la Corte-. La segunda categoría, clase media-alta, tuvo un 39 % de Ministros en la Corte -8% sobre el total social lo que implica un 395 % de sobre-representación-; la tercera categoría, clase media, presenta porcentajes estabilizados del 39 % y 30 % respectivamente; la cuarta categoría, clase baja, tiene un 3,8 % de Ministros en la Corte y un 60 % en el total social. Estos datos corroboran que se encuentran marcadamente sobre-representadas, en el más alto Tribunal del Poder Judicial, las clases más aventajadas de la sociedad argentina y sub-representada la clase baja y mayoritaria de la población. Si bien esto ha cambiado en la Corte desde la restauración democrática en 1983, no parece registrarse el mismo proceso en el resto del poder judicial. El fenómeno no sólo es visible en nuestro país. En Alemania un estudio del juez Walter Richter, sobre una base de datos construida con información personal de 856 jueces, permitió determinar que la mayoría proviene de familias de jueces o juristas y que generalmente tienden a desempeñar su trabajo en las jurisdicciones en las que han nacido, y a contraer matrimonio con personas de su misma condición social. Además, el 60 % pertenece a la clase media alta (profesionales libres, altos funcionarios del Estado, empresarios) y el 35 % a la clase baja o media baja (empleados, artesanos, pequeños comerciantes). También se observó que los jueces pertenecientes al estrato superior avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado inferior. En España, otro investigador, el sociólogo Juan José Toharia, observó que más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático. Casi ninguno proviene de la clase obrera o del mundo campesino.<sup>4</sup>

por la justicia federal de San Martín con 33,33% y la justicia nacional del trabajo con 31,81%; en cambio, existen jurisdicciones con cifras menos alarmantes, como las de Tucumán y Comodoro Rivadavia, donde tan solo hay un 5,5% de jueces subrogantes. El único fuero de todo el Poder Judicial nacional sin jueces provisorios es el correspondiente a Mar del Plata. El 26,26% de los juzgados de primera instancia de todo el Poder Judicial de la Nación se encuentra a cargo de jueces provisorios. Por su parte, en el fuero criminal y correccional federal -que investiga los delitos que comprometen el accionar de los funcionarios públicos, tales como los casos de corrupción- cuatro de los doce juzgados están vacantes y ocupados por tres subrogantes (dos juzgados se encuentran a cargo de un mismo juez provisorio).

<sup>4</sup> Estos datos surgen de Bercholz Jorge O., "La independencia de la Corte Suprema a través del con-

Por lo demás, el debate sobre la escasa legitimidad democrática del poder judicial y su carácter contra-mayoritario, que torna indigesto para el "democratismo" el control de constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes por el poder judicial, resulta siempre recurrente, incluso en países muy estables institucionalmente como EEUU, Canadá y Alemania. También, señalamos que existen varias investigaciones académicas rigurosas en nuestro país, Alemania y España, que demuestran el sesgo elitista y auto-referencial de los miembros del poder judicial. Vimos que los jueces de la Corte Suprema argentina hasta 1983 provenían en un 60% de la clase alta o media alta. Por qué entonces, antes estos datos duros de la realidad, esgrimir sólo argumentos de tipo prescriptivo-ideal-filosófico, de análisis contra-fáctico, que soslayan sesgos y tendencias tan marcados. Por qué no considerar que los abogados están sobre-representados en las instituciones y agencias estatales, y que los jueces, además del sesgo por su origen y prácticas sociales ya referidos, reservan para sí un enorme poder de interpretación y adecuación de las normas generales a efectos de su aplicación concreta y cotidiana al universo de casos que resuelven y que inciden directamente en la vida de los ciudadanos. Los límites de la articulación teórica entre dos categorías complejas, democracia y república, que no se relacionan automática ni pacíficamente, sin más, son difusos y complejos y siempre sujetos a diseños y rediseños de ingeniería institucional que, finalmente, deberán pasar por el examen de las fuerzas políticas en juego y de las condiciones objetivas de posibilidad para su realización.

Considerados estos datos, la idea de "democratizar la justicia", de abrirla a la participación y comprensión de la ciudadanía, resulta plausible. Una interpretación literal de esa idea fuerza de "democratizar la justicia", debería entenderse como la adaptación de los principios formales democráticos de participación en el proceso de toma de decisiones, de igualdad a efectos de designaciones sin privilegios estamentales y/o procedimentales, y de aplicación de las reglas de las mayorías a tales fines y de la publicidad de la vida y los actos judiciales.

También se pueden esbozar diseños "democratizadores" más apegados a las ideas "democrático-representativas", por ejemplo, aumentar el número de jueces en los más altos tribunales a fin de lograr una base de funcionarios judiciales que permita una óptima representación sociológica-espejo de los distintos clivajes representables de nuestra sociedad.<sup>5</sup>

trol de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado, (1935-1998)", Editorial Ediar, Buenos Aires, Setiembre 2004, páginas 39 a 41.

<sup>5</sup> Para este tipo de análisis véase, Bercholz Jorge O., La Corte Suprema en el sistema político, Editorial Ediar, Buenos Aires, capítulo 1, en especial ver páginas 67 a 73.

Otras ideas destinadas a torcer la tradicional opacidad judicial respecto a distintos rubros, por ejemplo, opacidad i) de las sentencias y sus procesos decisivos, ii) del patrimonio de los jueces, iii) de sus exenciones tributarias y iv) del lenguaje críptico-técnico propio del ámbito jurídico, se pueden vincular con las categorías de visibilidad y transparencia, en todo caso, tangencialmente democráticas, no contrarias a ella, pero no necesariamente relacionadas con los principios más "naturalmente" democráticos ya mencionados en los dos párrafos anteriores. En todo caso, estas ideas están más emparentadas con principios republicanos, no en veta ético-filosófica, sino en su matriz de "checks and balances", frenos y contrapesos, limitación y control del poder.

### *Los proyectos de reforma.*

i.- Tres de los proyectos impulsados por la Presidente no han generado notorias polémicas, y se encuadran dentro de lo que hemos denominado vías tendientes a obtener visibilidad y transparencia contra la tradicional opacidad del poder judicial. Así, los proyectos de ingreso igualitario al Poder Judicial, de declaraciones juradas patrimoniales de carácter público y de publicidad obligatoria de los fallos de la Corte y otros altos tribunales no han merecido, en general, mayores reparos. Luego, los proyectos de mayor densidad y profundidad en el diseño institucional, y por ello, más discutidos.

ii.- La propuesta de crear Cámaras de Casación -ya existe en materia penal- para los fueros civil y comercial, laboral y de la seguridad social y contencioso administrativo federal, resulta muy interesante y tiene varios años de debate y antecedentes en la doctrina. Esta reforma tiene dos aspectos muy positivos. El primero, quitar sobrecarga de trabajo a la Corte Suprema. En la necesidad de quitarle carga competencial a la Corte, en general, coincide amplia doctrina, que no esté sólo focalizada en la coyuntura y oportunidad política, y que apunte a un debate consistente para el perentorio rediseño de la ingeniería institucional y funcional que requiere el poder judicial en la Argentina. Es este uno de los problemas más serios en el desempeño de la Corte que requiere el desmalezamiento de la avalancha de casos que llegan al Tribunal. La creación de las Cámaras de Casación le permitirán (y debe exigírsele) una aplicación más estricta del artículo 280 del Código Procesal, reformado por la ley 23.774 en Abril de 1990, mediante el cual puede rechazar, incluso sin fundamentación, los casos que considere que no revisten cuestión federal o de importancia institucional suficiente, y sólo seleccionar los casos que considere relevantes, tal cual ocurre en dos de los más prestigiosos tribunales de control de constitucionalidad difuso -como en EEUU y Canadá- que resuelven entre 100 y 200 casos por

año, cooptados por decisión de los propios jueces, del universo de casos que llegan a dichas cortes para ser resueltos.<sup>6</sup>

Sin embargo, a pesar de la sanción del nuevo artículo 280 en 1990, la Corte argentina no redujo sustancialmente la cantidad y variedad de casos que resuelve a través de esa vía pues, como ocurre con otros Tribunales Constitucionales muy prestigiosos, no es afecta a ceder competencias ni poder decisorio efectivo. El espectro de Robert Michels, y su "ley de hierro de las oligarquías", sobrevuela la cuestión. Ninguna organización o agencia estatal cede poder efectivo, material y concreto, gratuita y graciosamente y ello, además, porque toda organización genera sus propios intereses relativos al poder que detenta.

En Europa, los tribunales constitucionales de control concentrado de constitucionalidad -los únicos que pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma, a diferencia de los de control difuso como en Argentina, EEUU y Canadá entre otros países, sistemas donde cualquier juez de cualquier instancia puede declarar inconstitucional una norma-, tienen sus complicaciones operativas por vía de la protección a los derechos fundamentales a través de los amparos, que generan el 98% de la actividad de la jurisdicción, con la paradoja de que el 98% de esos amparos son rechazados por improcedentes, estos datos reflejan la realidad de los tribunales constitucionales de España y Alemania.<sup>7</sup> Por otras vías recursivas (el recurso por arbitrariedad), y en otro escenario procesal (el ya referido control difuso), estadísticamente, la deformación de la producción de la Corte Suprema en la Argentina presenta guarismos parecidos. Sólo, aproximadamente, el 2% de

6 La Corte en EEUU se rige por el instituto del certiorari que le otorga la facultad discrecional de admitir recursos extraordinarios si se considera que el caso lo merece por su gran trascendencia nacional, política o social o por haber ocupado la atención de la opinión pública. Para reducir las causas a un número razonable y que la Corte pudiera atender con prontitud los requerimientos de las expandidas funciones del estado en febrero de 1925 se sanciona la ley judicial de reformas que introduce el denominado writ of certiorari por el cual se estrecha la competencia de la Corte y se le otorga un amplio poder discrecional. Debe ser propuesto el tratamiento del caso por lo menos por 4 jueces de la Corte (sobre 9 integrantes) y su creación fue motivada por la necesidad de cambiar el sistema de revisión judicial a efectos de restringir la jurisdicción obligatoria del Alto Tribunal, dada la gran cantidad de casos y cuestiones que eran sometidas a su jurisdicción. La Corte canadiense tiene un sistema de admisión de casos por paneles o salas integrados rotativamente por 3 de sus 9 jueces quienes resuelven cuáles serán los procesos sobre los que se expedirán. Vanossi denominó certiorari criollo a la facultad otorgada por el art. 280 a nuestra Corte en "La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte Suprema de la Argentina (Balance de una década de certiorari criollo), Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, n.º IV.

7 Datos que surgen del proyecto "Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá y España en el ejercicio del Control de Constitucionalidad", Programación Científica UBACyT 2010-2012, Proyecto 20020090100251.

los casos que resuelve la Corte Suprema son en ejercicio del control de constitucionalidad. La amplia mayoría de los casos son por recursos de arbitrariedad en las sentencias de los tribunales inferiores. Ello significa un control intraorgánico, dentro del propio poder judicial. La Corte Suprema no tiene porque ocuparse de la arbitrariedad, cuestiones procesales que deben quedar en manos de la Casación, con lo que el trabajo de la Corte se vería enormemente aliviado.

Visto así, se debilita el argumento de la mayor demora que las nuevas cámaras pueden generar. No puede haber más demora que la que ya existe en una Corte sobrecargada de trabajo. La Casación sería la "última palabra", salvo que la Corte considere que debe decir algo para remediar alguna notoria inconstitucionalidad en temas de interés institucional o federal.

El segundo aspecto positivo es que puede generar grandes mejoras en la composición técnica de los altos tribunales, pues la especialidad técnica de los jueces a designar puede ser eficazmente resuelta cuando se trata de conformar tribunales con especificidades competenciales, cuestión que en una corte "catch all"<sup>8</sup> es de compleja solución. Dicho de otro modo, para una eficaz definición de las especificidades técnicas de los jueces a designar y también, para el número óptimo de cargos en la Corte, es necesario, previamente, definir el rol que en la ingeniería institucional del poder judicial quiere asignársele a la Corte. Si la Corte viera aliviado su trabajo y sólo se dedicara a temas de relevancia institucional y constitucional, pues quedará despejado el camino para que los jueces que en el futuro arriben a la Corte sean "publicistas", jueces con experiencia en el área del derecho público, constitucional, administrativo, político y con la sensibilidad y experiencia política necesaria para no ser solamente aplicadores mecánicos de leyes, sino para anticipar y medir los efectos que la aplicación de las normas ocasionarán. Jueces que hagan un análisis de legalidad, claro, pero también de previsibilidad respecto a los efectos que las sentencias generen –más adelante retomamos este tópico-. Además, asumiendo las responsabilidades políticas que la división funcional del poder les confiere y por ello, trabajando en cooperación, diálogo e interdependencia con los otros poderes políticos del Estado. Esto es lo que las doctrinas jurídicas actuales imponen en países como Canadá, EEUU y Alemania.<sup>9</sup> El diálogo y la cooperación que el Presi-

8 Una suerte de Corte de Justicia "atrapatodo"- a la que arriban jueces por motivos y justificaciones muy diversas, sin una dimensión estratégica y ello producto de la indeterminación del rol institucional que debe cumplir el Tribunal. Parafraseamos a Otto Kirchheimer y su "catch all party", partido de todo el mundo o "atrapatodo", idea que pergeño en su trabajo "El camino hacia el partido de todo el mundo" en Teoría y sociología críticas de los partidos políticos, Lenk y Neumann, Anagrama, Barcelona, 1989.

9 Roach Kent, The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue,, October



dente de la Corte Suprema Argentina, Lorenzetti, viene anunciando y requiriendo, desde hace algún tiempo atrás, en sus discursos de apertura del año judicial. Deben evitarse las lecturas "escolares", esquemáticas e ingenuas sobre la independencia de los poderes, pues los casos que resuelven los más altos tribunales, están generalmente cargados de un alto voltaje de efecto político y social. Lo que se impone es la mirada de la cooperación e interdependencia entre los poderes del Estado.<sup>10</sup>

iii.- La propuesta sobre el modo de elección del Consejo de la Magistratura, resulta ser uno de los proyectos más polémicos, y ello porque interpela dos conceptos teóricos centrales de la ciencia política y del diseño jurídico-institucional de un Estado, el principio democrático y de la legitimidad mayoritaria versus los controles republicanos ya citados.

No se debe "demonizar", la idea de someter a la voluntad popular mediante el voto a través de las organizaciones políticas autorizadas por la Constitución para la competencia electoral, los partidos políticos, la elección de los consejeros. Esas críticas "demonizadoras" terminan siendo funcionales al discurso "antipolítica". Tampoco es de flagrante inconstitucionalidad, en todo caso existen bienes jurídicos tutelados por la Constitución en contradicción, y habrá que revisar su armonización y compatibilización, toda revisión de constitucionalidad implica una opción de los jueces ante los derechos y garantías fundamentales prescriptos en la Constitución. Por supuesto que es, de los seis proyectos de ley propuestos, el más polémico, o sobre el que se puede contra-argumentar con mayor solidez teórica aunque, por cierto, es un debate que la doctrina viene desarrollando desde el siglo 18. El debate gira en torno al carácter político o técnico que debe asumir el Consejo y, en todo caso, allí no se agota la cuestión, puesto que la función, sea cual fuere el proceso de elección de los consejeros, es el de nombrar jueces que deben someterse previamente a concurso. Pero, quiénes eligen a los jueces?, con qué criterio?, para qué fines?

2001. Irwin Law, Canada. Hogg Peter, Charter dialogue revisited, Osgoode Hall, 2007, Canada.

<sup>10</sup> Ello sin perjuicio del debate que sobre la cuestión de la independencia judicial deberá darse más temprano que tarde. Por lo demás la cuestión de la independencia de la justicia no sólo debe abordarse respecto de los otros poderes políticos del Estado. La justicia puede ser dependiente, en el mal sentido, del clamor de la mayoría descuidando a las minorías o de intereses poderosos de ciertas minorías descuidando a las mayorías populares. También algunos autores sostienen que la dependencia interna de la propia estructura judicial es un problema casi mayor que el de la relación con los órganos políticos. En este sentido Zaffaroni en "El poder judicial y el poder" en El sistema penal argentino, pág. 48, Ad hoc, 1992. Binder en "Independencia judicial y delegación de funciones", pág.305, hace referencia a la dependencia de la justicia de su propia estructura burocrática interna, existente en los propios juzgados, dada por la excesiva carga de trabajo y por la rutina del mismo.

Por un lado los temores a la suma del poder en manos de mayorías circunstanciales, por otro lado el desequilibrio que implica la existencia de sectores sociales sobre-representados en el Estado (por ejemplo los abogados y los jueces) que multiplican esa sobre-representación si la elección de los consejeros queda sometida a la decisión de sectores específicos, no abiertos a la participación ciudadana a través de las organizaciones políticas. Obsérvese que la sobre-representación de los abogados es fácilmente observable en todas las ramas de la administración estatal. Asimismo debe ponderarse el enorme poder de interpretación judicial de los magistrados que, en los hechos, significa casi el ejercicio de facultades legislativas, vía sentencias interpretativas de las leyes y siendo que estas actúan como moldes genéricos aplicables a los problemas y conflictos sociales pero que suelen requerir de interpretaciones y adecuaciones muy flexibles y creativas para que resulten de eficaz aplicación, a los fines de resolver hechos muy concretos y diversos que se someten a los jueces. Vaguedades y ambigüedades que se suplen mediante la ponderación e interpretación judicial.

Otra vez, por un lado los riesgos del democratismo mayoritario y las prevenciones que se generan en ciertas minorías (lo de ciertas no es casual, pues hay muchas minorías que no han sido protegidas por los frenos y contrapesos) con relación a los abusos que las mayorías circunstanciales puedan cometer, por el otro el exceso de republicanismo que, como dijo Guillermo O' Donnell en *Accountability Horizontal*, Revista Agora nº 8, 1998, "... cuando se convierte en principio dominante, tiende a ser el gobierno paternalista de una élite auto-designada..."

Debe tenerse en cuenta también que nunca es apolítica la opción de selección de jueces, y que la opción meramente técnica (de consejeros y/o de jueces), suele encubrir la elección de una justicia "legalista" refractaria de la consagración de derechos colectivos sociales, los que necesariamente implican una contradicción y una opción respecto de ciertos derechos individuales. En una investigación de la Universidad de Buenos Aires<sup>11</sup> sobre el control de constitucionalidad por la Corte Suprema argentina se comprobó que durante los gobiernos militares el 58% de los jueces fueron especialistas en derecho privado, o sea "civilistas", en cambio durante gobiernos constitucionales el 71% de los jueces fueron de formación "publicista".

Un juez "*civilista*" estará naturalmente más preocupado por efectuar estrictos

11 Programación Científica UBACyT 2010-2012, Proyecto 20020090100251, datos de esta investigación sobre el punto que comentamos se pueden consultar en la obra ya citada, "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado, (1935-1998)", Editorial Ediar, páginas 97 a 100 y 127 a 130.

juicios técnicos y de legalidad y por erigirse en un protector de derechos sustantivos subjetivos e individuales en resguardo de los abusos de la administración y legitimado por su cercanía con los ciudadanos merced al ejercicio de la jurisdicción. Es posible que, en ese afán descuide el matiz de previsibilidad, de anticipación que resulta menester tengan sus decisiones a fin de no generar con ellas consecuencias peores que las se quieren evitar.

Un juez "*publicista*" dada su formación y su familiaridad con el mundo de la política, estará más inclinado a juicios que contengan el dato de la previsibilidad, de la anticipación sobre las consecuencias políticas, económicas y sociales de sus decisiones. Así será un juez más proclive a proteger al sistema político construyendo un Tribunal protector de los procesos políticos democráticos, observando como meta el óptimo funcionamiento del sistema y, a dicho fin, se relacionará armónica y funcionalmente con los poderes ejecutivo y legislativo. Su acción estará enfocada a la protección de derechos sociales o públicos, y permeable a los cambios que se produzcan en los procesos políticos y sociales.

Autores como Cappelletti han insistido frecuentemente en la idea de que los jueces de "carrera" o civilistas no están preparados para el ejercicio de la jurisdicción constitucional.<sup>12</sup>

También el jurista Otto Bachof sostuvo, analizando la función de control de constitucionalidad, en defensa de un Tribunal especial compuesto por jueces especializados que "... La labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla. También requiere esta función un órgano con un carácter totalmente representativo que pueda decidir por sí solo con suficiente autoridad cuestiones de tan trascendentales consecuencias políticas. Se necesita pues un Tribunal Constitucional especial..."<sup>13</sup>

Los cuadros que siguen nos muestran el perfil de los jueces que integraron la Corte Suprema desde 1935 hasta 2002, y desagregaran las categorías durante gobiernos democráticos y militares.

12 Mauro Cappelletti, "Le contrôle juridictionnel des lois", pág.314, Aix-en-Provence, 1986.

13 Otto Bachof, "Jueces y Constitución", pág. 55, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

### JUECES EN LA CORTE 1935-2002

	Total	Gobiernos democráticos	Gobiernos militares
Jueces Publicistas	62 %	73 %	27 %
Jueces Civilistas	38 %	50 %	50 %

De este cuadro surge que del total de jueces que se desempeñaron entre 1935 y 2002 en la Corte un 62 % tiene características predominantemente publicistas y un 38 % tiene características predominantemente civilistas.

De los jueces publicistas el 73 % integró la Corte durante gobiernos democráticos y el 27 % durante gobiernos militares.

De los jueces civilistas el 50 % integró la Corte durante gobiernos democráticos y el 50 % durante gobiernos militares.

### JUECES EN GOBIERNOS DEMOCRÁTICOS O MILITARES 1935-2002

	Jueces publicistas	Jueces civilistas
Gobiernos democráticos	71 %	29 %
Gobiernos militares	42 %	58 %

El segundo cuadro toma en consideración los gobiernos como variable de análisis. Durante los democráticos la Corte estuvo integrada por un 71 % de jueces publicistas y por un 29 % de jueces privatistas.

Durante los gobiernos militares la Corte estuvo integrada por un 42 % de jueces publicistas y por un 58 % de jueces civilistas.<sup>14</sup>

Los gobiernos de facto se preocuparon por nombrar en la Corte jueces de carrera pretendidamente apolíticos o sin actuación política, siendo esta una de las consideraciones para el concepto de "publicista". Esta "ingenua" pretensión

14 Los cuadros y datos estadísticos son de producción propia extraídos del libro, "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado, (1935-1998)", Editorial Ediar, Buenos Aires, Setiembre 2004, "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado, (1935-1998)", Editorial Ediar, Buenos Aires, Setiembre 2004, página 99.

por despolitizar la justicia, sólo encubre una politización de ella detrás de una apariencia de judicialización de la política.

iv.- Finalmente, el que entiendo, es el más endeble y discutible de los proyectos, el que limita las medidas cautelares contra el Estado. Sin dudas que el disparador del proyecto ha sido el largo conflicto con el Grupo Clarín y las sucesivas medidas cautelares que ha obtenido el grupo y que tuvo en suspenso la aplicación de la ley de servicios audiovisuales durante más de tres años hasta el rechazo de la inconstitucionalidad incoada por parte de la Corte Suprema a fines del año 2013. Las medidas cautelares son, en general, otorgadas muy restrictivamente por los jueces y para ello debe acreditarse el gravamen irreparable que se generaría si no se la otorgase y la verosimilitud del derecho de fondo invocado. Si el reclamo contra el Estado es de índole pecuniaria no se vislumbra dónde estaría el gravamen irreparable, el que por otra parte podría acontecer igual ante una medida estatal de fondo (pensemos en una crisis institucional de las características del corralito en 2001-2002) y aunque las cautelares no estuvieran limitadas en el tiempo, como efectivamente ha ocurrido. La situación irritante en la que una ley de fondo, emanada del congreso, sustentada en amplias mayorías obtenidas transversalmente a los partidos, y en suspenso, por la judicialización del caso sobre un tema que responde a decisiones políticas privativas de los poderes soberanos del Estado, debe ser reorientada con suma prudencia. Si bien se trata de una más que dudosa intromisión del poder judicial en ámbitos netamente de decisión política (se trata del diseño de la política comunicacional del Estado, y tal inteligencia surge transparente de la lectura atenta del fallo de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal que declaró inconstitucional algunos artículos de la ley 26.522), se debería dejar bien en claro en el proyecto que la limitación debe responder sólo en tanto y en cuanto no se lesionen derechos fundamentales y que sean de plena reparación pecuniario en caso que el Estado resulte perdidoso.

### *A modo de conclusión.*

Para evitar inconsistencias e incongruencias en la política de democratización de la justicia propuesta por el actual gobierno, quedan pendientes, entre otras vías posibles a tal fin:

i) La redefinición del rol institucional de la Corte Suprema a partir de la creación de las tres nuevas Cámaras de Casación y luego, de acuerdo a lo sugerido en este artículo, procurar obtener en los miembros del Tribunal, una representatividad sociológica-espejo fiel de la sociedad, tal cual se planteó en el decreto 222 del 20 de junio de

2003, contradictorio con los efectos que necesariamente provocará el cumplimiento de la ley 26.183, sancionada el 15 de Diciembre de 2006, que prescribe la reducción paulatina, a medida que se vayan produciendo vacantes, del número de jueces que la integran actualmente, a cinco miembros. La disminución de miembros implicará una merma de la representatividad y democrática pretendida por el decreto 222/03. Cómo con 5 miembros representar la cuestión de género, el federalismo, las diversas ideologías socio-jurídico y políticas plausibles de ser representadas en la Corte, incluso, el citado clivaje de la extracción socio-económica de los jueces.<sup>15</sup>

ii) El juicio por jurados, que además de estar prescripto en la Constitución en su artículo 24, implicaría un gran aporte para la mejora de la participación real y directa de los ciudadanos en la administración de justicia y para la publicidad de los actos de la jurisdicción.<sup>16</sup>

iii) La cuestión tributaria flagrante que mantiene en suspenso la ley 24.631, por la firma de la Acordada de la Corte Suprema, 1/2000, que exime a los jueces del pago del Impuesto a las Ganancias.

Más allá de consensos, disidencias y coyunturas, lo que debe celebrarse es que luego de treinta años de continuidad institucional, por fin, se debatan cuestiones complejas y sofisticadas en relación a la ingeniería institucional del Poder Judicial del Estado, era ya hora y es perentoriamente necesario, dados los desafíos novedosos a los que se enfrenta hoy la administración estatal. Es hora de sacar, del sepulcro cerrado bajo siete llaves, temas muy relevantes, que ofrecen soluciones variadas y que no están definitivamente claras y establecidas.

15 Para este tema puede verse Bercholg Jorge O., La Corte Suprema en el sistema político, Editorial Ediar, Buenos Aires, capítulo 1 Bercholg Jorge O., La Corte Suprema en el sistema político, Editorial Ediar, Buenos Aires, capítulo 1.

16 Bercholg Jorge O. Revista Encrucijadas de la Universidad de Buenos Aires, n° 35, "El juicio por jurados y sus posibles beneficios para la democratización y publicidad del accionar de la Justicia", Buenos Aires, diciembre de 2005.

## **Resumen**

La reforma judicial para democratizar la justicia que impulsó el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner en la Argentina, y que ha avanzado raudamente en el Parlamento, generó una intensa polémica de la que hay que destacar y celebrar, más allá de consensos, disidencias y coyunturas, que luego de treinta años de continuidad institucional, por fin, se debatan cuestiones complejas y sofisticadas en relación a la ingeniería institucional del Poder Judicial del Estado, era ya hora y es perentoriamente necesario dados los desafíos novedosos a los que se enfrenta hoy la administración estatal en la región y en el mundo. De los seis proyectos de reforma anunciados por la Presidente, tres se encuadran dentro de lo denominamos vías tendientes a obtener visibilidad y transparencia contra la tradicional opacidad del poder judicial. Otro de los proyectos apunta a descargar trabajo a la Corte Suprema creando Cámaras de Casación de distintas competencias por materia, ello debería apuntar a que el más alto tribunal argentino concentre sus esfuerzos en los temas de mayor relevancia institucional al estilo de las Cortes Supremas de EEUU y Canadá. Los dos proyectos restantes son los que más revuelo han causado y ello porque interpelan dos conceptos teóricos centrales de la ciencia política y del diseño jurídico-institucional de un Estado, el principio democrático y de la legitimidad mayoritaria versus los controles republicanos, la división de poderes, los "checks and balances", los frenos y contrapesos, el control de la gestión política.

## **Abstract**

The judicial reform to democratize the judicial branch that stimulated the government of Cristina Fernandez de Kirchner in the Argentina, has advanced swiftly in the Parliament, generated an intense polemic of that it is necessary to stand out and celebrate, beyond consensuses, dissents and conjunctures, which after thirty years of institutional continuity, finally, there are debated complex and sophisticated questions in relation to the institutional engineering of the judicial branch of the State. Of six projects of reform announced by the President, three are fitted inside the way tending to obtain visibility and transparency against the traditional opaqueness of the judicial branch. Other one of the projects should to unload work to the Supreme Court creating Courts of Cassation of different competences for matter, it should point that the highest Argentine court concentrates his efforts in the topics of major institutional relevancy in the style of the Supreme Court of USA and Canada. Both remaining projects are those that more commotion they have caused, because they address to two theoretical central concepts of the political science and of the juridical - institutional design of a State, the democracy and the majority legitimacy versus the republican controls, the division of power, " checks and balances", the brakes and counterweights, the political management control.

**Palabras claves**

Reforma judicial - ingeniería institucional - principio democrático - división de poderes

**Keys words**

Judicial branch reform - institutional design of the judicial branch – democracy - checks and balances